La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?

Víctor Cabezas

victor.cabezas@estud.usfq.edu.ec

Resumen

En 1977 se promulgó la ley *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en Estados Unidos como consecuencia del surgimiento de una política legislativa con incidencia extraterritorial. Esta normativa tiene como principal objeto la penalización de actos de corrupción cometidos fuera de Estados Unidos por personas naturales o jurídicas que posean vínculos directos con este país. Como consecuencia de la globalización de mercados y la creciente interdependencia comercial entre naciones, la aplicación de la ley FCPA ha degenerado en ejercicios arbitrarios de la potestad jurisdiccional extraterritorial de Estados Unidos. A lo largo del artículo se analizará la naturaleza normativa de la ley, la jurisprudencia que se ha desarrollado y el marco punitivo que plantea. Observaremos casos donde el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos ejercen jurisdicción en razón de que determinados actos de corrupción –aunque fuesen perpetrados materialmente fuera de Estados Unidos- se consumaron a través de cuentas de correo electrónico cuyos servidores se hallaban basados en Estados Unidos. De este análisis se desprenderán observaciones referentes a la adecuación de la definición doctrinaria de jurisdicción en relación al ámbito de aplicación de la ley FCPA. Finalmente, el artículo ofrecerá un breve análisis sobre las posibles implicaciones de la ley en cuestión dentro del marco jurídico ecuatoriano.

Palabras clave

Estados Unidos, ley FCPA, jurisdicción, Comisión de Bolsa y Valores, Departamento de Justicia, política legislativa, *jurisdictional hook*, homologación de sentencias, jurisdicción prescriptiva, aplicación extraterritorial de la ley.

Abstract

In 1977 the United States Congress enacted the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), the main objective of this legislative act was the regulation of corrupt activities committed by US linked enterprises in foreign countries. The application of this act has been controversial since, as a consequence of the process of market globalization, the major enterprises worldwide find themselves linked to the US either because the highest executives are American or due to the fact that their stocks are traded on US stock markets. This article will address the nature of the FCPA, the subjects to its jurisdiction and the case law that has derived from its application over non-US linked enterprises. Finally, the author will analyze the potential application of this law to Ecuadorian which, due to the use of the US Dollar as official currency, may be subjects of responsibility under the FCPA.

Key words

FCPA, jurisdiction, Securities and Exchange Commission (SEC), Department of Justice, jurisdictional hook, prescriptive jurisdiction.

Índice

1. Introducción

La influencia política, social y económica de Estados Unidos de Norteamérica ha sido históricamente sustentada sobre una base jurídica direccionada hacia la expansión extraterritorial de sus políticas internas. Durante la década de los setenta -frente al acelerado crecimiento de empresas norteamericanas dentro de países en vías de desarrollo-, se presenció un sustantivo incremento de la presencia de individuos y transnacionales americanas en los mencionados[1] países.[2] Este fenómeno expansivo generó un creciente interés de la política legislativa de Estados Unidos referente a encontrar mecanismos legales para controlar a las personas naturales o jurídicas de nacionalidad americana extraterritorialmente.

Como parte de esta nueva tendencia en la política legislativa de Estados Unidos, se promulgó la ley *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en un intento por regular las conductas corruptas de individuos y/o compañías americanas en el extranjero.[3] Con el tiempo –fruto del fenómeno de la globalización y las nuevas tecnologías- la aplicación de esta norma ha degenerado en un ejercicio arbitrario de la jurisdicción ejercida por Estados Unidos sobre personas naturales o jurídicas que –en virtud de las condiciones actuales del mercado internacional- les es imposible desvincularse de este país y por ende se convierten en sujetos de la ley FCPA.

El presente artículo se propone generar una perspectiva crítica en relación a la definición, aplicación y sustento normativo de la ley FCPA. Se empezará por definir su estructura y alcance preceptivo, se analizará su marco punitivo, y posteriormente se examinará jurisprudencia relevante que refleja la controversial aplicación de esta ley en la actualidad. Abordaremos la extensión de jurisdicción indeterminada que se reconoce a los jueces estadounidenses e introduciremos una breve revisión al concepto jurídico de jurisdicción. Finalmente, concluiremos el artículo con un análisis sobre la incidencia directa de la ley FCPA en la coyuntura jurídica ecuatoriana.

1 Nos referimos a la oleada de inversiones de empresas estadounidenses ocurrida entre la década de 70 y 80 en países especialmente con yacimientos petroleros y minerales.
2 United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act*. Washington DC: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the U.S. Security and Exchanges Commission. 2012 p. 3-4
3 Dentro de los principios de la ley se especifica que se incluyen conductas relevantes para la preservación del bienestar y eficiencia del mercado estadounidense, cuyos efectos son internos y externos.

2. Contexto histórico de la ley FCPA

Para comprender adecuadamente las bases histórico-deónticas de la ley FCPA, es menester remitirnos a la doctrina del "*Manifest Destiny*".[4] Ésta expresa que los Estados Unidos de América estuvo concebido por Dios para ser el guía y modelo a seguir por el resto de Estados del mundo. Además de aquello, menciona que las políticas e ideología de este país están destinados a expandirse fuera de su territorio. La doctrina del *destino manifiesto* ha sido un eje fundamental para la diagramación del discurso político de los líderes estadounidenses, incluso se ha constituido como una prerrogativa esencial en el proceso de construcción de la política legislativa de Estados Unidos y en la edificación de su política exterior.[5]

La ley FCPA es una norma promulgada por el Congreso de los Estados Unidos en 1977 después de que globalmente se revelaran una serie de actos de corrupción en el contexto del escándalo de *Watergate*[6], mismo que que terminaría con la presidencia de Richard Nixon. En ese mismo año, la Comisión de Bolsa y Valores (SEC[7]) informó que más de 400 compañías registradas en Estados Unidos habían pagado más de 300 millones de dólares en sobornos y otros actos de corrupción a oficiales de Gobierno y otras autoridades de países extranjeros.[8]

El caso de la compañía Aeronáutica Lockheed[9] en 1977[10] sustanció la necesidad de tener una ley federal que se ocupe de la persecución

4 *Trad. Destino Manifiesto*

5 Para ahondar en el concepto, sugerimos la lectura del mensaje a la nación de 1904 del Presidente Theodore Roosevelt, *Disponible en http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29545*. De igual forma el siguiente texto puede ser útil para que el lector aborde el tópico: Merk, F., & Merk, L. B. (1963). *Manifest destiny and mission in American history: A reinterpretation*. Harvard University Press. *Disponible en: https://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=GhYJTaZiuxwC&oi=fnd&pg=PR9&dq=manifest+destiny&ots=LOIv-upHE8&sig=vOPJmfMuMS7WnGm4b8jR9Lv1jlo#v=onepage&q=-manifest%20destiny&f=false*

6 El escándalo de Watergate, ocurrió en 1972 durante la presidencia de Richard Nixon. Se suscitó luego de que cinco hombre allanaron la sede del Partido Demócrata, este hecho fue ocultado a través de políticos subalternos al Presidente Nixon.

7 *Security Exchange Commission* SEC es una agencia federal oficial del Gobierno de los Estados Unidos, cuya función principal es el aseguramiento del cumplimiento de las leyes federales que regulan la industria de valores, los mercados financieros, los movimientos bursátiles, entre otros.

8 *Id* 1 p.8-9

9 Empresa aeroespacial americana, con base en Burbank, California. Actualmente lleva el nombre de Lockheed Martin Inc.

10 Hollingnshead, Ann. *A Brief History of US Policy towards Foreign Bribery*. http://www.financialtransparency.org/2010/07/28/a-brief-history-of-u-s-policy-toward-foreign-bribery/ (Acceso 20 diciembre, 2014)

extraterritorial de actos de corrupción comisionados por empresas o individuos norteamericanos. En el caso Lockheed, los Directivos de la compañía se declararon culpables de haber sobornado a altos funcionarios del gobierno japonés para potenciar las ventas de aviones en ese país. Los abogados de esta empresa admitieron que entre 1972 y 1974 –cuando la Ley FCPA aún no había sido promulgada- altos ejecutivos de Lockheed pagaron $2.600.000 dólares para conseguir contratos de venta de aviones comerciales modelo L-1011 para las líneas aéreas japonesas.[11]

Ante este escenario, el Congreso de los Estados Unidos consideró imperativa la necesidad de promulgar una ley que prohibiera las prácticas corruptas por parte de personas jurídicas y naturales estadounidenses en el extranjero. [12] El Poder Legislativo consideraba que este tipo de actos empañaba la imagen internacional de los negocios estadounidenses y del Estado en general. Además de esto, la Comisión de Bolsa y Valores advirtió que los actos de corrupción tenían un efecto directo en la eficiencia con la que funcionaba el mercado[13], incluso acotó que ejercicios como el soborno –aplicado en Estados extranjeros por parte de compañías o individuos estadounidenses- representaría un potencial estado de ineficiencia e inestabilidad generalizada en el mercado internacional, ocasionando un injusto orden[14] para el desarrollo de negocios honestos.[15]

3. Naturaleza normativa[16]

Con estos antecedentes históricos, se promulga la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero FCPA, un cuerpo normativo de carácter Federal que prohíbe expresamente a individuos o personas jurídicas -de nacionalidad estadounidense- el pago de sobornos y prácticas corruptas a funcionarios de gobierno, autoridades Estatales y figuras políticas en países extranjeros.

11 Los Angeles Times. *Lockheed Accepts to Pay Record Fines*. Enero de 1995

12 Para los fines del artículo, nos referimos al término "prácticas corruptas" como aquellas conductas ilegales cuyo fin primordial es la obtención de un beneficio particular a través de actos ilegítimos y antijurídicos.

13 Tarun, Robert. *The Foreign Practices Act Handbook*. New York: American Bar Association. 2013 p. 14-18

14 El Congreso de los Estados Unidos considera que un "orden injusto" se produce cuando los actores mercantiles se valen de métodos fraudulentos, ilegales e ilegitimos para incrementar su dominio/participación en un determinado mercado.

15 United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act*. Washington DC: Criminal Division of the U.S. Departmen of Justice and the U.S. Security and Exchages Commission. 2012 p. 3

16 Para los efectos del artículo las referencias normativas se harán en base al texto oficial de la ley FCPA actualizada por medio de la Ley Pública 105-366 al 22 de julio de 2004.

La ley FCPA establece dos disposiciones principales[17]:

1. Prohibición de soborno: Las disposiciones anti-soborno prohíben que un asunto doméstico (una persona o entidad corporativa de los Estados Unidos) realice pagos corruptos o promesas de pago a oficiales extranjeros con el fin de obtener o retener negocios.[18]
2. Disposición de "libros y registros contables": exige que las personas jurídicas norteamericanas con actividades comerciales fuera de Estados Unidos lleven libros y registros precisos y un sistema de control contable interno. El Departamento de Justicia es responsable de la supervisión penal de estas disposiciones, mientras que la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) es responsable de la observancia civil.[19]

Según la Ley FCPA[20] existen sujetos sobre los cuales recae la prohibición expresa de realizar pagos indebidos –entiéndase corruptos-[21]:

1. **Emisores:** Son aquellas personas jurídicas que se encuentren registradas, que posean valores en los Estados Unidos o que deban presentar informes de actividades económicas a la Comisión de Bolsa y Valores.
2. **Asuntos Domésticos[22]:** Son considerados asuntos nacionales lo relacionado con las entidades comerciales con domicilio comercial en los Estados Unidos o que se rigen por las leyes de los Estados Unidos, como también los ciudadanos y residentes estadounidenses.
3. **Entidades nacionales y comerciales en el extranjero:** Una persona natural o jurídica que promueva prácticas de corrup-

17 World Compliance Office. *El Manual de Bolsillo de la FCPA*. World Compliance: Washington DC. P. 6-9

18 *Id* p 10-11

19 Foreign Corrupt Practices Act (Estados Unidos) Sección 78. 22 de julio de 2004

20 El siguiente link facilita el acceso directo al contenido de la Ley FCPA http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf

21 United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act*. Washington DC: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the U.S. Security and Exchanges Commission. 2012 p. 10-12

22 Este tema será abordado más adelante

ción dentro de los Estados Unidos o que afecte los informes financieros de una institución norteamericana - la Comisión de Bolsa y Valores por ejemplo- será sujeto de un proceso judicial en Estados Unidos en el marco de la aplicación de la ley FCPA.

4. **Terceros y agentes:** Quien actúe en nombre o representación de un emisor -sea este norteamericano o extranjero- será responsable por los actos de corrupción realizados y podrán ser procesados por la justicia norteamericana. Algunos ejemplos de agentes son los individuos bajo relación de dependencia sean contratistas, sub-contratistas, distribuidores, revendedores, comercializadores, proveedores, operadores y en general cualquier consignatario de servicios a un emisor - personas jurídicas registradas o con ilación a los Estados Unidos.

En relación a los sujetos sobre quienes recae la potestad normativa y las consecuencias jurídicas de la ley en cuestión, cabe referirnos a una larga y amplificada discusión doctrinaria con respecto a la sujeción de terceros y agentes a las disposiciones de la ley FCPA. [23] Es claro que dentro del mundo contemporáneo, la dinámica financiera y la lógica internacional de los negocios genera un estado de interdependencia no solo a nivel de países sino también en la dimensión empresarial. En este sentido, la itinerancia de ejecutivos en empresas multinacionales es una constante.[24] Los más altos directivos generalmente no son nacionales del país donde laboran, su permanencia en la sede de una determinada compañía depende del mercado, de modo que no existe una correlación entre la nacionalidad del ejecutivo y la de la compañía.[25] Hoy en día, los negocios internacionales se constituyen a partir de la confluencia multitudinaria de personas naturales y jurídicas donde la multiplicidad de nacionalidades es la regla general. En un mundo donde más del 90% de las grandes multinacionales tienen un directo vínculo con Estados Unidos[26], ¿se podría considerar a la clausula de terceros y agentes como una sujeción expresa de los ejecutivos de empresas multinacionales a jueces americanos?

---

23 Tavares, Maria da Conceição. "La reafirmación de la hegemonía norteamericana." (1985).
24 Keegan, Warren *"Multinational scanning: A study of the information sources utilized by headquarters executives in multinational companies."* New York: *Administrative Science Quarterly*, 1974 pp 411-421.
25 *Supra 24*
26 Vernon, Raymond. *Soberanía en peligro: la difusión multinacional de las empresas de Estados Unidos*. México: Fondo de cultura economica, 1973.

Definitivamente la cláusula de terceros y agentes constituye una puerta abierta a la inseguridad jurídica. La potestad de jueces estadounidenses para juzgar ejecutivos de empresas multinacionales –aun siendo estos nacionales de otros países- por el solo hecho de tener una conexión laboral con una empresa basada o vinculada a Estados Unidos –considerando que es improbable hallar una multinacional que carezca de algún vinculo con ese país- constituye una peligrosa afectación al orden jurídico internacional así como al principio básico de certeza y seguridad jurídica.[27]

A continuación explicaremos con mayor detenimiento el alcance de la Ley FCPA; éste se encuentra directamente vinculado con el "pago corrupto" de regalías conducentes a la obtención de algún tipo de beneficio en el marco del desarrollo de una actividad productiva, económica o financiera. Las cortes de Estados Unidos han definido al concepto de corrupción como:

> La oferta, promesa de pago, pago o autorización de pago debe tener la intención de inducir al recipiente a mal usar su posición oficial o para influenciar a otro a hacerlo. Un acto es "corrupto" si se hace de forma voluntaria e intencional, y con el mal propósito de lograr un fin o resultado ilegal o que resulte en un fin ilegal, o para un fin o resultado legal por el uso de un medio o método ilegal.[28]

En este punto es muy interesante analizar cómo las definiciones descritas en la Ley FCPA irradian en lo vago y ambiguo. En general, podríamos concluir que cualquier empleado o individuo con un mínimo rango de conexión con una empresa radicada o valorizada en Estados Unidos podría ser procesado por la justicia de ese país en el marco de aplicación de la ley FCPA. Dentro de los principios deontológicos de esta normativa se menciona que la amplitud y vaguedad en la descripción de actividades y entes sujetos a la ley. Lejos de ser un vicio de técnica legislativa, constituye uno de los motivos directrices en la redacción de la ley. Las definiciones de ciertos términos, incluyendo "asunto doméstico" y oficial extranjero, son intencionalmente extensas para incluir tanta actividad negocial como sea posible.[29]

---

27 Al existir una ambigüedad normativa, específicamente en la dimensión concerniente a quienes potencialmente están sujetos a la Ley FCPA, se afecta la certeza jurídica que el ciudadano tiene respecto a las autoridades que podrían juzgar su conducta.

28 Corte de Apelación del 8vo circuito de los Estados Unidos de América. Causa 04-1601 del 20 de Junio de 2005. (*traducción del autor*)

29 Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones*. Washington DC: World Compliance Office. 2012

2. Aspectos generales: sobre las penas

La ley FCPA ha sido destinada para evitar y disuadir a individuos y empresas de cometer actos de corrupción, ergo, el catálogo de penas que ostenta es severo. Las sanciones son aplicadas bajo regímenes distintos dependiendo del sujeto sobre el cual recaigan las consecuencias pecuniarias.

Para individuos, las sanciones civiles serán de hasta $100,000 dólares, las multas penales de hasta $5 millones y/o hasta 20 años de privación de libertad. Para las entidades –entiéndase personas jurídicas-, las sanciones civiles serán de hasta $25 millones de dólares[30], 5 millones para las personas naturales, y/o la devolución de las ganancias ilegitimas.[31]

3. Ley FCPA, aspectos generales: revisión de jurisprudencia

En los últimos años –donde han confluido etapas de amplia expansión de inversión extranjera en el mundo- la aplicación de la ley FCPA se ha incrementado dramáticamente. En 2008, el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores gravaron multas y penalidades por aproximadamente $2.8 mil millones en contra de treinta y seis corporaciones y 74 individuos por violaciones a esta normativa.[32] De las treinta y seis acciones de implementación contra personas jurídicas, varias han resultado en mul-

30 Sección 78ff *Sobre las Sanciones* Literal (a) *Infracciones intencionadas: declaraciones falsas y engañosas:* Toda persona que intencionalmente infrinja cualquier disposición del presente capítulo (que no sea la sección 78dd-1 del presente título), o cualquier regla o reglamento del mismo, infracción que es ilícita u observancia de la cual se requiere en virtud de los términos del presente capítulo, o toda persona que intencionalmente y a sabiendas realiza una declaración, o es causa de que se realice una declaración en cualquier solicitud, informe o documento que se debe presentar en virtud del presente capítulo o cualquier regla o reglamento del mismo o cualquier empresa contenida en una declaración de registro, según se estipula en la subsección d) de la sección 78 del presente título, o lo estipula cualquier organización autorregulada en relación con una solicitud de socio o participación de la misma, o para asociarse con un miembro de la misma, declaración que sea falsa o engañosa con respecto a cualquier hecho importante, si se la halla culpable, recibirá una multa máxima de $5.000.000 o una pena de prisión máxima de 20 años, o ambas sanciones, salvo cuando dicha persona no sea una persona natural en cuyo caso podrá recibir una multa máxima de $25.000.000; pero ninguna persona estará sujeta a pena de prisión en virtud de esta sección por la infracción de cualquier regla o reglamento si la misma demuestra que no tenía conocimiento de dicha regla o reglamento.

31 World Compliance Office. *El Manual de Bolsillo de la FCPA*. World Compliance: Washington DC. p. 5

32 United States Department of Justice (DOJ). *Siemens AG and other subsidiaries plead guilty to FCPA violations* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html Cfr United States Department of Justice (DOJ). *Kellog Brown & Root plead guilty to FCPA violations* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html. Cfr United States Department of Justice (DOJ). *Technip S.A. Resolves FCPA investigation and agrees to pay 240 million crimin al penalty* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/opa/pr/technip-sa-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-240-million/www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html (Acceso: 19 de noviembre de 2014)

tas récord[33] a empresas extranjeras que han realizado prácticas de corrupción. A continuación presentamos dos casos emblemáticos ocurridos en los últimos seis años:

1. *Siemens, AG y otros*[34]*:* En diciembre de 2008 la compañía de ingeniería, sistemas y tecnología con sede en Alemania fue protagonista en un caso de corrupción que le costó el pago de 1.6 mil millones de dólares. Este desembolso fue realizado tanto al Departamento de Justicia de los Estados Unidos como al Estado alemán –quien también inició diligencias judiciales en razón de los actos de corrupción en los que incidió Siemens-. La empresa alemana fue condenada por haber pagado sobornos en Argentina, Nigeria, China, Venezuela, Rusia y Vietnam. Los sobornos, en su mayoría, estaban destinados a la adjudicación de contratos de telecomunicaciones, redes eléctricas, equipos médicos, entre otros.[35] Después de un largo litigio[36], en el cual se alegó la incompetencia y falta de jurisdicción de los Estados Unidos, en aplicación de la Ley FCPA, la Empresa alemana declaró culpable y aceptó el pago de USD 800 millones al Departamento de Justicia y a la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos.[37] Estos organismos estadounidenses alegaron jurisdicción en razón de que Siemens posee altos ejecutivos de nacionalidad americana y cotiza en la Bolsa de Nueva York. De esta manera se configurarían los supuestos de sujeto a la ley FCPA por constituirse "terceros y agentes" –altos directivos de Siemens de nacionalidad estadounidense- y "de asuntos domésticos"-la empresa es sujeto al control de la Comisión de Bolsa y Valores al cotizar dentro del mercado bursátil de ese país.
2. *Kellog, Brown & Root:* En febrero de 2009 la empresa norteamericana de ingeniería y construcción *Kellog, Brown & Root,* con sede en Houston-Texas, se declaró culpable por haber contra-

33 Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones*. Washington DC: World Compliance Office. 2012 p.2
34 Huskins, Priya Cherian. "FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch." *Stanford Law Review* (2008): 1447-1457.
35 *Ibid 11*
36 Darrough, Masako . *The FCPA and the OECD convention: Some lessons from the US experience*. Journal of business ethics No. 93 Vol. 2 2010 P 255-276.
37 United States Department of Justice (DOJ). *Siemens AG and other subsidiaries plead guilty to FCPA violations* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en* http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html (Acceso: 15 de septiembre, 2014)

venido la Ley FCPA. Los Directivos de esta firma admitieron haber orquestado un plan de sobornos a oficiales del Gobierno nigeriano con el objeto de obtener contratos de ingeniería y construcción de una planta de gas licuado de petróleo (GLP) en Bonny Island, Nigeria. Se fijó la multa de $402 millones de dólares por el delito federal de soborno en el extranjero bajo la aplicación de la Ley FCPA.[38]

Dentro del ámbito de aplicación de la ley, existe una marcada tendencia de incremento en el número de casos de corrupción que logran ser alcanzados por sus aristas normativas. Mientras en 2008, se procesaron un total de 16 personas naturales y jurídicas por haber comisionado prácticas corruptas en el extranjero [39], la tasa subió a 46 en 2009. Es recurrente la sensación de alarma al visualizar como estas cifras comprueban cómo la amplitud, vaguedad y ambigüedad normativa de la ley FCPA relega un preocupante estado de inseguridad jurídica.

En esta instancia, se considera importante mencionar el caso de la cadena de tiendas Walmart, la cual en la actualidad posee un sumario abierto por contravenciones a la ley FCPA. En abril de 2012, el periódico *The New York Times* reportó que un ex ejecutivo de la filial Walmart mexicana admitió en 2005 que esta empresa con sede en Bentonville-Arkansas había pagado sobornos a distintos oficiales del Gobierno mexicano con el objeto de obtener permisos de uso de suelo, reducciones en las tarifas de construcción y demás beneficios que le permitieron edificar cientos de establecimientos comerciales a un ritmo que la competencia no podía igualar. Según la investigación de *The New York Times,* los sobornos a altos oficiales ascenderían a $24 millones de dólares. Actualmente el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores se encuentran investigando el caso.[40]

38 United States Department of Justice (DOJ). *Kellog Brown & Root case*. Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html* (Fecha de acceso: 13 de noviembre de 2014)
39 Nin Hang Tseng. *Los sobornos, ¿qué tan rentables son?*. México DF: Agencia CNN Expansión.
40 *Ibid*

4. Los anómalos sustentos jurídicos para el ejercicio de jurisdicción extraterritorial de Estados Unidos en el marco de la Ley FCPA

Se ha presentado al lector/a una breve introducción a la jurisprudencia y contenido normativo de la ley FCPA. De aquello se puede inferir el carácter ambiguo y vago, en especial, de aquellas cláusulas referentes a quiénes pueden ser sujetos del ejercicio de la jurisdicción de Estados Unidos – a partir de la ley FCPA-. A continuación plantearemos dos preguntas fundamentales cuyo contenido será desglosado: ¿Es posible aplicar la ley FCPA a compañías extranjeras sin un vínculo directo con Estados Unidos? En términos prácticos, ¿se podría aplicar esta ley a personas naturales o jurídicas sin perjuicio de su vinculación con Estados Unidos? ¿Nos hallamos frente a una ley de alcance universal?

En aras de establecer un camino idóneo para la respuesta a estas interrogantes, es menester rememorar las dos bases principales sobre las cuales se erige la potestad jurisdiccional que otorga la ley FCPA: (a) *Jurisdicción por nacionalidad*, otorga jurisdicción en razón de la vinculación de la persona natural o jurídica con el ordenamiento jurídico de Estados Unidos y su registro solemne en las instituciones de dicho país; (b) *Jurisdicción por territorio*, reconoce jurisdicción cuando una persona natural o jurídica usa como fin, medio o instrumento al territorio de los Estados Unidos para realizar un acto de corrupción contraviniendo la Ley FCPA.[41]

En referencia a la potestad de ejercicio de jurisdicción en razón del territorio, cabe una precisión crítica; como observaremos más adelante, el solo uso de correo electrónico, cuentas bancarias o líneas telefónicas –cuyas centrales/servidores se encuentren en Estados Unidos- podría ser considerado como una modalidad de uso del suelo de Estados Unidos a manera de instrumento para la comisión de un acto antijurídico. Actualmente, las comunicaciones virtuales son la regla general en la dinámica interactiva de la sociedad; debemos considerar que más del 80% de las mayores empresas de telefonía, datos, correos electrónicos, *couriers* y demás servidores de comunicaciones se encuentran situadas o directamente relacionadas con los Estados Unidos.[42] Por estas y otras razones, la presente cláusula referente a

41 Cohen, Joel M., Michael P. Holland, and Adam P. Wolf. "Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway?." *The Business Lawyer* (2008): p 1243-1274.
42 Coffman, Kerry G., and Andrew M. Odlyzko. *Handbook of massive data sets*. Springer US, 2002. 47-93.

la jurisdicción por territorio ha sido catalogada por distintos juristas americanos[43] como "de alcance intergaláctico". Quien utilice un correo electrónico o realice una línea telefónica –cuyo servidor se encuentre dentro del territorio estadounidense-, en principio, podría ser procesado en virtud de la utilización instrumental del territorio americano para la comisión de un acto antijurídico.

En un mercado internacional tan diverso, el rol comercial de los Estados Unidos es un eje consustancial a toda transferencia, transacción o actividad mercantil realizada por empresas transnacionales. Es muy difícil pensar en un escenario donde una persona natural o jurídica pudiese realizar un acto -con relevancia internacional-, sin recaer en una modalidad directa o indirecta de relación con una entidad de nacionalidad estadounidense, gerenciada por estadounidenses o que cotice en una bolsa radicada en Estados Unidos.

Con el objeto de aterrizar las nociones problemáticas descritas, presentaremos dos casos emblemáticos en los cuales -sin existir un gancho jurisdiccional que vincule compañías o ciudadanos americanos directamente- se aplicó la Ley FCPA para castigar la comisión de actos de corrupción:

1. En el año 2011, los directivos de la Telefónica húngara *Maygar Telekom* Elek Straub, Andras Balogh y Tomas Morvai – ciudadanos húngaros con domicilio en la ciudad de Budapest-, fueron demandados por la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos por haber contravenido la Ley FCPA al haber cometido actos de corrupción en Hungría relacionados con sobornos a oficiales para la concesión de contratos y permisos.[44] Los directivos de la Telefónica alegaron falta de jurisdicción debido a que ni ellos ni la compañía eran estadounidenses. La base sobre la cual se juzgó a los Directivos fue el hecho de que los mismos usaron correos electrónicos que se trasfirieron y guardaron desde servidores localizados en Estados Unidos. En Diciembre de 2011, la *Maygar Telekom* pagó una multa de $63.9 millones de

43 Disntios juristas americanos como John L Graham, profesor de derecho en la Universidad del Sur de California o la jursita Wendy Wysong, notable abogada litigante en Estados Unidos y representante de importantes firmas en ese país, autora del artículo "*FCPA Jurisdiction in Asia Pacific: To infinit and beyond?*" *Disponible en* [http://www.cliffordchance.com/briefings/2012/10/us_fcpa_jurisdictioninasiapacifictoinfinit.html/US-FCPA-Jurisdiction-in-Asia-Pacific]

44 Roger Witten. *Siemens Agrees to Record-Setting 800 Million in FCPA penalties*. *http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandnewsdetail.aspx?NewsPubId=95919* (acceso 10-08-2014)

dólares al Departamento de Justicia además de $31.2 millones de dólares a la Comisión de Bolsa y Valores.[45]

2. Puntualicemos el caso Siemens AG[46]. El Departamento de Justicia inició procesos de investigación a 3 subsidiarias de la compañía Siemens AG -mismas que no tenían sede en Estados Unidos ni tampoco presentaban ciudadanos norteamericanos en su terna directiva-. Sin perjuicio de aquello, el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores alegó jurisdicción en base a los siguientes argumentos de facto: (a) el uso de una cuenta corriente de un banco americano para el pago de un soborno; (b) la utilización de correos postales y electrónicos -cuyas sedes se encontraban en Estados Unidos- para la comunicación y concreción de actos de corrupción; (c) uso de líneas telefónicas americanas para la comunicación y desarrollo de actos de corrupción.[47]

5. Sobre el concepto de jurisdicción prescriptiva y su relevancia en el análisis de la incidencia extra territorial de la ley FCPA

La promulgación de leyes con incidencia jurídica extraterritorial no es ajena al desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el marco del derecho internacional público. En su respecto, observamos un amplio bagaje de estudios y casos concretos sobre los cuales se han estimado criterios para valorar los escenarios en los cuales un Estado puede ejercer su potestad jurisdiccional con efectos jurídicos extraterritoriales.

Se dará inicio al estudio del concepto de jurisdicción prescriptiva, a partir del entendimiento genérico de jurisdicción cómo el poder estatal para ejercer autoridad sobre personas y entidades dentro de la circunscripción de su territorio. Este concepto jurídico abraca tres dimensiones principales[48]:

45 Richard Cassin. *Maygar Telekom execs motion to dismiss*. http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/11/magyar-telekom-execs-lose-motion-to-dismiss.html# (acceso 13-08-2014)
46 Huskins, Priya Cherian. "FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch." *Stanford Law Review* (2008): 1447-1457.
47 Wrage, Alexandra, and Anne Richardson. "Siemens AG-Violations of the Foreign Corrupt Practices Act." *ILM* 48 (2009): P 232.
48 Damrosch, Henkin, Pugh, Schachter, and Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3 Ed., West 1993, 1090.

1. Jurisdicción prescriptiva: el derecho a crear, enmendar o vetar legislación;
2. Jurisdicción ejecutiva: La potestad estatal para aplicar su legislación y garantizar su ejecución a partir de elementos coercitivos;
3. Jurisdicción adjudicativa: La habilidad de las cortes nacionales para escuchar y decidir sobre los asuntos contenciosos que se presenten.

La dimensión de jurisdicción prescriptiva es ilimitada para los Estados, quienes pueden emitir una indeterminada cantidad de leyes y aquellas podrían, indistintamente, generar efectos jurídicos sobre materias y personas sin perjuicio de su nacionalidad. Sobre la jurisdicción prescriptiva, la Corte Internacional de Justicia – en el caso Lotus[49]- ha mencionado que "lo que puede ser requerido a un Estado es evitar el abuso de su potestad prescriptiva en relación a los principios de derecho internacional. Dentro de estos límites, el pleno ejercicio de su jurisdicción es un espejo del pleno ejercicio de su soberanía". En el mencionado caso, la Corte[50] ha desarrollado ciertos preceptos básicos eferentes al concepto de jurisdicción prescriptiva:

1. Los Estados no pueden ejercer su poder, bajo ninguna modalidad, en el territorio de otro Estado –exceptuando los casos en los que exista una ley, tratado o costumbre que lo permita-.
2. Dentro de su territorio, el Estado puede ejercer plenamente las dimensiones de la jurisdicción sin perjuicio de la existencia de un acto internacional que lo valide. Los Estados, asimismo, podrán ejercer su jurisdicción basados en la nacionalidad de la víctima o del perpetrador, en casos donde su seguridad se encuentre afectada por actos cometidos fuera de su territorio.

49 SS lotus de 1927 es un emblemático caso de la Corte Internacional de Justicia que estableció un camino doctrinal imperativo en relación a los conceptos de costumbre internacional y jurisdicción de los Estados. En 1926 Turquía procedió a iniciar un juicio contra un ciudadano Francés que colisionó el buque que llevaba a su mando contra uno de bandera turca. Producto de la colisión fallecieron ocho individuos de nacionalidad turca. Francia protesto alegando que las autoridades turcas no tenían jurisdicción sobre el ciudadano francés. La Corte Permanente de Justicia Internacional determino que los estados gozan de entera discreción para establecer su jurisdicción sobre cualquier hecho, aun cuando éste ocurra en el extranjero, siempre que no exista una regla específica que lo prohíba, ergo, Turquía tenia la facultad para ejercer jurisdicción.

50 Corte Internacional de Justicia. *Caso S.S. Lotus*. 1997. No. 10.

De igual manera, la doctrina ha desarrollado cinco asientos fundamentales para la jurisdicción prescriptiva bajo el régimen de derecho internacional público[51]:

1. Territorio: El Estado tiene jurisdicción sobre la propiedad, las personas, actos o eventos que ocurran dentro de su territorio.
2. Nacionalidad activa: Los Estados pueden regular la conducta de sus nacionales dondequiera que estos se encuentren.
3. Personalidad pasiva: Observa la nacionalidad de la víctima para determinar la jurisdicción, considerando que un Estado puede ejercer jurisdicción sobre personas y eventos fuera de su territorio con base en los individuos o entidades que se encuentren afectados.
4. Protectora: El Estado puede legislar actos antijurídicos que considera atentatorios contra su integridad y seguridad.
5. Universal: Faculta al Estado para legislar ciertos crímenes que sean contrarios al interés de la humanidad y de la comunidad internacional.

Podríamos considerar a la ley FCPA como un modalidad de expresión de jurisdicción prescriptiva protectora. Aquello debido a que la ley fue concebida como un instrumento jurídico para disuadir a las personas naturales y jurídicas estadounidenses de cometer actos corruptos. Recordemos que la motivación inicial del Congreso para promulgar esta ley fue la afectación a la estabilidad de los mercados derivada de las prácticas corruptas perpetradas por empresas estadounidenses.

Evidentemente existe un componente subjetivo en el momento de categorizar la relevancia de la protección de aquellos bienes jurídicos que podrían sustanciar el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de un determinado Estado, en este sentido se plantea la siguiente cuestión: la integridad y seguridad del mercado financiero de Estados Unidos, ¿podría ser considerado como un sustento para el ejercicio de una jurisdicción prescriptiva protectora? Sin duda alguna las cláusulas de la ley en cuestión relegan a los empresarios y a las personas jurídicas en una situación de total inseguridad

51 *Cfr.* Randall, Kenneth C. "Universal jurisdiction under international law." *Tex. L. Rev.* 66 (1987): 785

jurídica, en razón de la imposibilidad de determinar cuándo sus actos podrían recaer dentro de los presupuestos normativos de la ley FCPA. Este manifiesto de inseguridad jurídica en el orden internacional se confronta a la pretensión de Estados Unidos de otorgar seguridad a sus mercados evitando la comisión de prácticas corruptas en el extranjero. Es asimilable que esta gradación de bienes jurídicos no beneficia al establecimiento y aseguramiento de la certeza y previsibilidad jurídica a nivel internacional. Además de aquello, esta norma no es idónea para los fines que persigue; bien podrían realizarse esfuerzos normativos consensuados a nivel internacional que faculten el aminoramiento de los riesgos de inestabilidad de mercados generados por la comisión de prácticas corruptas por parte de actores comerciales internacionales.[52]

Siguiendo la línea argumentativa del caso Lotus, cabe recalcar que la Corte mencionó que a falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el derecho internacional impone a los Estados es expresa en relación a la prohibición del ejercicio de su jurisdicción extraterritorial. Sin embargo, cabe aclarar que, si bien el Derecho Internacional Público regula las relaciones interestatales, la estructura normativa está lejos de crear una prohibición general conducente a evitar que los Estados puedan extender la aplicación de sus leyes y la de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio.[53]

6. Sobre el concepto de gancho jurisdiccional y su adecuación al ámbito normativo de la ley FCPA.

En esta instancia, es de suma importancia analizar cómo el concepto de jurisdicción ha sido concebido dentro del marco de la ley FCPA. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha definido al término *jurisdicción* como el poder que posee una corte para adjudicar casos y emitir órdenes. De igual manera expresa que el término jurisdicción es análogo a la palabra "poder", ya que toda corte posee jurisdicción en relación a

52 Existen una serie de iniciativas a nivel de organizaciones internacionales cuyo objeto principal es la determinación de un marco legal de cooperación conducente al control de prácticas corruptas por parte de empresas multinacionales. A manera de ejemplo, ponemos a consideración los *OECD Workshops on internacional investmet: Bussiness Approach to Combat Corrupt Practices*. El informe está disponible en el link http://www.oecd.org/daf/inv/corporateresponsibility/WP-2003_2.pdf

53 S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, No. 10 Parte III Pr 5

las materias que la ley le reconozca.[54] Si nos desviamos hacia los anales de la concepción romana de jurisdicción, observamos que su traducción directa del latín refiere a "lo que dicta el derecho". En palabras del profesor Eduardo Couture:

> [Jurisdicción es] la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones bajo autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.[55]

Bajo estas definiciones, es menester considerar ¿hasta qué punto existe un vínculo notable entre el acto antijurídico cometido y la potestad del Estado para perseguirlo? El derecho común ha desarrollado el concepto de "*jurisdictional hook*"[56], como un conjunto de presupuestos materiales, temporales y personales que generan un nudo directo entre un ordenamiento jurídico –con sus respectivos entes jurisdiccionales- y un sujeto de derechos. Para que opere la jurisdicción, es necesario que existan elementos materiales que vinculen el acto antijurídico con la facultad de persecución estatal.

En este sentido es fundamental analizar si el uso del correo electrónico o de una línea telefónica -en el contexto de la comisión de un acto de corrupción- pudiera ser objeto suficiente para justificar la intervención directa de los mecanismos judiciales de persecución de los Estados Unidos. Ante esta disyuntiva el Dr. Rodrigo Jijón Letort, jurista ecuatoriano experto en temas procesales, manifiesta lo siguiente:

> Existen limitaciones importantes en la aplicación de la ley FCPA, debido a que tiene que existir un vínculo directo con una empresa o individuo americano/a. Los abogados estamos complicados por esta razón, eventualmente si yo soy abogado de una empresa americana y en el Ecuador cometo un acto de corrupción –invitar a comer a

---

54 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. *Caso Ruhrgas AG v. Marathon Oil Co*. No. 526 U. S. 574, de 1999-

55 Fix-Zamudio, Hector. *El Pensamiento de Eduardo Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. México DF: Revista de Derecho Comparado UNAM. 2002

56 *Trad*. Gancho jurisdiccional.

> un juez, por ejemplo-, podría ser sujeto de la Ley FCPA. Pienso que en el aspecto práctico, la aplicación de la Ley FCPA basado en ganchos jurisdiccionales tan leves, como el uso del dólar americano, es improcedente. Analicemos como operaría esta ley prácticamente. Supongamos que se le cancela, con dólares americanos, un soborno a un juez. Eventualmente, se podría seguir un juicio en Estados Unidos, se dicta sentencia condenatoria, y ahí viene el detalle; ¿cómo ejecutas esa sentencia? Un juez ecuatoriano no va a ejecutarla y entonces la ejecución sería retirar la visa o embargar algún bien en Estados Unidos. Ante un escenario tan atípico como este, la defensa alegaría ante el juez ecuatoriano la falta de jurisdicción del juez americano que emitió la sentencia. En lo personal pienso que el uso del dólar para la comisión de un crimen, no representa un marco fáctico vinculante suficiente para que los Estados Unidos puedan perseguir dicho acto y más aún la ejecución de esa sentencia fuera de Estados Unidos sería improcedente.[57]

La postura del Dr. Rodrigo Jijón corresponde a la visión mayoritaria de procesalistas en Estados Unidos respecto a lo anómalo que resultan los argumentos jurídicos que presenta la ley FCPA para sustanciar el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción. Es evidente que, alegar jurisdicción en razón de haber usado un servidor de correo electrónico –con base en Estados Unidos- para cometer un acto de corrupción, resulta anormal y forzado. El nexo causal entre el sujeto que comete el acto ilícito con la materia y el territorio del cual vierte la sustanciación para el ejercicio de la jurisdicción de la Ley FCPA[58], pareciera en demasía tenue y exiguo.

7. Perspectivas sobre la aplicación de la ley FCPA: proceso de homologación de sentencias extranjeras en Ecuador

Si bien un determinado país puede adoptar legislación de derecho interno cuyos efectos jurídicos tengan incidencia directa en otra jurisdicción, es potestad de las instituciones de derecho procesal de cada Estado dar vigencia jurídica a las providencias judiciales emanadas por jueces/zas de

57 Cabezas, Victor. *Entrevista Dr. Rodrigo Jijón Letort*. 16 de Agosto de 2014
58 Brown, H. Lowell. "Extraterritorial jurisdiction under the 1998 amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the government's reach now exceed its grasp." *NCJ Int'l L. & Com. Reg*. 26 (2000): 239.

otra jurisdicción. Con estos antecedentes, desplegaremos un análisis del proceso de homologación de sentencias extranjeras en Ecuador debido a que este es un tema transversal para el análisis integral de la incidencia de la Ley FCPA en el país.

En términos generales, la homologación de sentencias extranjeras se define como un procedimiento jurídico internacional mediante el cual un Estado solicita que se homologue una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional de su sistema de justicia interno. Las sentencias son ejecutadas a la luz de los principios de seguridad jurídica, reciprocidad internacional y cooperación bilateral. Ahora, es importante tener claro el objeto y fin de este procedimiento; se puede afirmar que son objeto de *exequátur*[59] todos aquellos actos judiciales expresados a través de providencias y sentencias que cumplan los requisitos de ser privados –en materia laboral, civil o comercial-, dictaminados por un tribunal jurisdiccional y competente.[60] El fin de este procedimiento es garantizar la seguridad jurídica, fomentar un ambiente de cooperación internacional en materia judicial -sin que aquello refiera una vulneración de la soberanía del Estado homologador-.[61]

Con el ánimo de confrontar los conceptos y principios aquí expuestos con la normativa potencialmente vigente en nuestro país, proponemos analizar cómo trata el proyecto del nuevo Código Orgánico General de Procesos[62]-que se encuentra en consonancia con lo descrito en el Código de Procedimiento Civil[63]- a la homologación de sentencias extranjeras.

---

59 Transcripción castellana "ejecútese". En el ámbito jurídico se usa esta palabra para definir el conjunto de reglas con las cuales un ordenamiento jurídico puede determinar si una sentencia emanada de un tribunal de un Estado extranjero, reúne las condiciones para ejecutarse localmente.

60 Cancillería de la República del Ecuador. *Informe web sobre la Exequátur*. Disponible en http://cancilleria.gob.ec/exequatur-definicion/ *Cfr*. Siqueiros, José Luis. *Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la República mexicana*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM . México DF. 1983. p 295.

61 *Ibid*.

62 Para los efectos del presente artículo se usa el Informe para primer debate del Código Orgánico General de Proceso. Remitido a la Presidencia de la Asamblea Nacional con fecha 24 de julio de 2014 mediante oficio No. 571-CEPJEE-P

63 Estos requisitos no difieren de los expresados en el artículo 414 Código de Procedimiento Civil: Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo: a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y, b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.

En su artículo 263[64] la ley menciona que el tribunal competente para realizar esta diligencia es la corte provincial. Esta corte deberá verificar, entre otros, el siguiente requisito para dar continuidad al proceso: (a) Que no contraríen las disposiciones de la Constitución y la ley, y, (b) que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.[65]

En el supuesto no consentido de que nuestros jueces se encuentren en la disyuntiva de ejecutar o no una sentencia emanada de un tribunal de los Estados Unidos -con sustento jurídico en la Ley FCPA- encontraríamos distintos escenarios problemáticos. Por un lado, la coyuntura política en nuestro país, ha determinado una merma dentro de las relaciones bilaterales en materia judicial. De entrada es posible considerar que los jueces y juezas ecuatorianos – en virtud de la observancia de casos como el de Pedro Delgado, donde no se ha aplicado el principio de reciprocidad[66]- tendrían una implícita limitación para poder reconocer y ejecutar una sentencia de ese país.

En relación con la regularidad internacional de los fallos, se encuentra una arena muy compleja para analizar. Evidentemente los tipos antijurídicos a los que se refiere la Ley FCPA –actos corruptos por parte de entidades privadas- se encuentran descritos en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, entonces ¿nos hallaríamos ante un escenario de mutua tipicidad de las conductas? Como lo han anotado los juristas consultados para el desarrollo de este artículo, a pesar de que las conductas descritas por la Ley FCPA pudiesen ser típicas en el orden jurídico nacional, su homologación depende de cuestiones puramente políticas que se encuentran separadas del estricto sentido de la legalidad y el derecho.

64 Código de Procedimiento Civil. Art.263. Registro Oficial Suplemento 58 de 12-jul-2005
65 *Ibidem*
66 El caso Pedro Delgado refiere a un ex Presidente de una Institución Financiera en poder del Estado quien falsificó su título de economista y otorgo un crédito en condiciones anómalas a un extranjero;; actualmente se encuentra residiendo en Estados Unidos hoy es requerido por la justicia ecuatoriana.

8. Conclusiones

La promulgación de la Ley FCPA no es un caso aislado dentro del ejercicio de política legislativa de los Estados Unidos[67], obedece a una tendencia concertada dentro de la visión ética de ese país con respecto a su deber y misión dentro de la arena internacional. En este sentido sería importante preguntarnos hasta qué punto la doctrina jurídica –en un tema técnico como la aplicación extraterritorial de la jurisdicción- puede establecer diálogo con la visión política de un Estado. La amplitud de la jurisdicción otorgada por la Ley FCPA ha posibilitado que el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores puedan investigar personas jurídicas que no tienen sede en Estados Unidos, que no hacen negocios en ese país y que no tienen relación directa con un nacional americano.

La jurisdicción puede venir basada en el uso de un correo electrónico cuyo servidor se encuentre en Estados Unidos, el uso del dólar americano como divisa de transacción en actos de corrupción, o una lejana relación con un ciudadano norteamericano dentro del contexto de la concreción de un acto de soborno o afines. Durante el último año, más de la mitad de las investigaciones en el marco de la Ley FCPA han envuelto empresas radicadas en Japón, China, Malasia, Tailandia, Vietnam, Corea del Sur y Taiwán.[68]

Se ha revisado el marco teórico y jurisprudencial de la Ley FCPA, por lo que a continuación se realizará un pequeño análisis sobre su incidencia directa dentro de nuestro país. Al estar en una economía dolarizada, el Ecuador constituye un Estado propenso a ser sujeto de la ley en cuestión. Tanto los empresarios/as ecuatorianos/as, como los ciudadanos y ciudadanas debemos estar conscientes de que nuestras acciones jurídicas poseen un umbral de consecuencias de derecho que podrían remontarse a la jurisdicción norteamericana. Tal como lo ha remarcado la doctrina consultada, la aplicación extraterritorial de la ley requiere ser ratificada y adecuada según las normas del derecho interno; empero, si hablamos sobre un caso de corrupción, tanto el ordenamiento jurídico ecuatoriano como el estadounidense lo considerarían un acto antijurídico. Es decir, en caso de que un empresario ecuatoriano soborne a un oficial de Gobierno para conseguir un objetivo personal o corporativo, y su conducta se adecúe a lo descrito

67

68 Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones*. Washington DC: World Compliance Office. 2012

en la Ley FCPA –y por ende sea juzgado en tribunales norteamericanos- esa misma gestión ilegal sería perseguible en Ecuador. A continuación se considera plausible formular al lector/a la siguiente pregunta: a efectos de la ejecución de una sentencia extranjera cuya base legal haya sido la Ley FCPA, ¿incidiría de alguna manera el hecho de que ese acto sea ilegal tanto en Estados Unidos como en Ecuador?

Conscientes de que el presente ensayo relega más dudas que certezas, plantearemos al lector/a una última prerrogativa que resulta pertinente tomando en consideración nuestra condición de país dolarizado. Habiendo observado las anómalas circunstancias a partir de las cuales se ha logrado ejercer jurisdicción por parte de los Estados Unidos, en el marco de la ley FCPA ¿podríamos considerar al dólar americano como un potencial argumento jurídico para el ejercicio de jurisdicción? ¿Un acto de corrupción en cuyo proceso de comisión se haya usado al dólar como moneda de transacción, podría ser considerado como suficiente gancho jurisdiccional para la aplicación de la ley FCPA?

Perece el cuestionamiento y el estándar de medida sobre el cual se puede determinar qué hechos o circunstancias posibilitan el ejercicio de la jurisdicción extra territorial. El notable jurista ecuatoriano Fabián Corral, observa el hecho de que la moneda es una de las modalidades de expresión de la soberanía del Estado, es un símbolo que recurre mercados y transacciones.[69] En esta medida, el uso de la moneda para perpetrar actos antijurídicos podría ser considerado como una tácita participación involuntaria del concepto simbólico de soberanía –ejercida por los Estados Unidos en este caso- y por tanto podría fundamentar una abrogación de jurisdicción. Sin duda alguna el uso del dólar en el marco de la comisión de actos de corrupción reglados por la ley FCPA -como sustento para el ejercicio de la jurisdicción de Estados Unidos- deberá ser un foco de atención y desarrollo a futuro en el contexto del estudio jurídico-doctrinario en Ecuador.

Como se ha anotado a través del desarrollo del presente artículo, la posibilidad de incidencia de la Ley FCPA en nuestro país referirá a estrictas cuestiones políticas más allá de las consideraciones jurídicas. Por un lado, homologar una sentencia en Ecuador se volvería muy complejo en el sentido en que la comprobación de la jurisdicción del Departamento de Jus-

69 Cabezas, Victor. *Entrevista Dr. Fabián Corral*. 12 de agosto de 2014

ticia y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos sería negada y objetada. Por otro lado, el clímax que vive nuestra coyuntura política en relación con el rechazo recurrente a cualquier tipo de norma o agencia que incursione dentro de la esfera de control y discurso de soberanía del Estado contribuye a la constitución de un escenario aún más agreste para la eventual aplicación de esta normativa dentro de la República.

Sin duda alguna la Ley FCPA seguirá siendo un foco de debate jurídico donde confluirán tópicos altamente complejos y controversiales. El tipo monetario, el correo electrónico o el uso de determinados servidores telefónicos como sustento para el ejercicio de la jurisdicción, plantean nuevos paradigmas dentro de la ciencia jurídica, especialmente dentro del área procesal. La jurisprudencia mencionada en el presente artículo nos relega más dudas que certezas en relación con la amplitud del ejercicio de aplicación de la Ley FCPA. Vivimos en un país dolarizado por ende nuestra apreciación y nivel de entendimiento de esta normativa es imperativo; desde el Estado y sus distintas transacciones comerciales, hasta las empresas y sus gerentes, el Ecuador requiere una campaña mediático-jurídica que faculte la comprensión de las consecuencias de orden legal que la Ley FCPA postula. El debate de esta normativa dentro de la esfera jurídica ecuatoriana será una cuestión transcendental para la seguridad jurídica en Ecuador, sin perjuicio de que esta ley haya sido promulgada a más de 3000 kilómetros de distancia.

Bibliografía

Nin Hang Tseng. *Los sobornos, ¿qué tan rentables son?.* México DF: Agencia CNN Expansión.

United States Department of Justice (DOJ). *Kellog Brown & Root case.* Washington DC: DOJ Office of Public Affairs. *Disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html*

Richard Cassin. *Maygar Telekom execs motion to dismiss.* http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/11/magyar-telekom-execs-lose-motion-to-dismiss.html# (acceso 13-08-2014)

Roger Witten. *Siemens Agrees to Record-Setting 800 Million in FCPA penalties. http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandnewsdetail.aspx?NewsPubId=95919* (acceso 10-08-2014)

Michael Volkov. *FCPA Fusiones y Adquisiciones.* Washington DC: World Compliance Office. 2012

Douglas, Tween. *Inside the FCPA The (very) long arm of the law against Non US Companies.* http://www.internationaltradecomplianceupdate.com/blog.aspx?entry=697 (acceso 15-08-2014)

World Compliance Office. *El Manual de Bolsillo de la FCPA.* World Compliance: Washington DC

Fox, Thomas. *Lessons learned on Compliance and Ethics.* Singapore: Ethics 360 Media, 2012

Tarun, Robert. *The Foreign Practices Act Handbook.* New York: American Bar Association. 2013

Chemerinsky, Erwin. *Federal Jurisdiction.* Aspen: Aspen Student Treatise Series. 2013

United States Department of Justice. *A resource guide to the United States Corrupt Practices Act.* Washington DC: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the U.S. Security and Exchages Commission. 2012

Roosevelt, Theodore. *Fourth Anual Message.* 1904. *Disponible en http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29545*

Litigation Release No. 20829 / December 15, 2008

Accounting and Auditing Enforcement Release No. 2911 / December 15, 2008

Huskins, Priya Cherian. "FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch." *Stanford Law Review* (2008): 1447-1457.

Ashcroft, John, and John Ratcliffe. "Recent and Unusual Evolution of an Expanding FCPA, The." *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y* 26 (2012): 25.

Wrage, Alexandra, and Anne Richardson. "Siemens AG-Violations of the Foreign Corrupt Practices Act." *ILM* 48 (2009): 232.